

LAS RAZONES DEL DERECHO PENAL. MODELOS DE FUNDAMENTACIÓN Y LEGITIMACIÓN

M^a José Rodríguez Mesa

Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Cádiz

RODRÍGUEZ MESA, M^a José. Las razones del Derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-10, p. 10:1-10:20. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 09-10 (2007), 10 dic]

RESUMEN: Tras exponer las repercusiones del fenómeno de la globalización en la función que de *facto* viene desempeñando el Derecho Penal, se procede al análisis crítico de los distintos modelos propuestos por la doctrina dirigidos a superar la crisis de legitimación por la que actualmente

atraviesa el Derecho Penal. En el estudio se aportan las razones que llevan a optar decididamente por un modelo de garantismo positivo, desde el que se pueda establecer claramente tanto la función que ha de desempeñar el Derecho penal como los límites al *ius puniendi*, todo ello desde el marco propio de un Estado Social y Democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Globalización y Derecho Penal, modelos de legitimación, Derecho Penal mínimo, garantismo positivo.

Fecha de publicación: 10 diciembre 2007

SUMARIO: I. CONTROL SOCIAL, VIOLENCIA ESTRUCTURAL Y FUNCIÓN SIMBÓLICA DEL DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN. II. LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO PENAL. MODELOS. 1. El abolicionismo como respuesta a la crisis sobre la legitimación del sistema penal. 2. El Derecho penal surgido de las teorías sistémico-funcionalistas (Modelo tecnocrático). 3. La propuesta garantista y el Derecho penal mínimo. III. RAZONES Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO PENAL MÍNIMO. 1. La integración de los fines preventivos y garantistas. Criterios de utilidad y validez. 2. Lineamientos básicos de un modelo de Derecho penal mínimo y garantista desde el modelo de Estado constitucionalmente reconocido.

I. CONTROL SOCIAL, VIOLENCIA ESTRUCTURAL Y FUNCIÓN SIMBÓLICA DEL DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN

Subraya GARCÍA-PABLOS como, hoy por hoy, no se puede prescindir de la distinción entre orden social (control social informal) y orden jurídico (control social



formal), cuyos titulares respectivamente son la Sociedad y el Estado. Y ello porque siempre tiene que existir una instancia superior y distinta que entre en funcionamiento cuando fracasen los mecanismos primarios de autoprotección del orden social y garantice eficazmente, en los conflictos más graves, la inviolabilidad de los valores fundamentales de la convivencia¹.

Desde esta perspectiva, y como resalta DIEZ RIPOLLÉS, el Derecho penal viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social, que, como todos los restantes persigue sus mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, de normas, sanciones y proceso². Ahora bien, afirmar que el Derecho penal es un instrumento de control social no significa admitir que la función primordial del Derecho penal sea la de contribuir, en todo caso, al mantenimiento y aseguramiento del orden social imperante en el grupo social.

Cierto que el Derecho penal –y en consecuencia, la norma jurídico-penal– sólo puede entenderse si se le pone en relación con un determinado sistema social. Por eso, y como señala DE LA CUESTA AGUADO, “pena y orden, orden y pena son dos términos indisolublemente unidos en el sistema”³. Pero ello no quiere decir, como se pretende desde las teorías sistémicas, que la función del Derecho penal se agote en garantizar el funcionamiento del sistema social. En última instancia ello conduciría a un Derecho penal legitimador y reproductor de las injusticias sociales que, al sustituir el concepto de bien jurídico por el de “funcionalidad del sistema” perdería el último punto de apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal positivo⁴. Por otra parte, y al igual que los demás mecanismos de control social, el Derecho penal podría convertirse de este modo en un instrumento de dominación y de perpetuación de las desigualdades sociales⁵. El fin del Derecho penal no puede ser el control social, y por tanto no puede encontrar su legitimación en servir al control social.

Es obvio que el Derecho penal refleja el contenido y el modelo del control social imperante. Subraya HASSEMER, en este sentido, como “sobre un control social represivo, poco claro, primitivo y desproporcionado no se puede construir un Derecho penal civilizado”. Pero a la vez, “un Derecho brutal embrutece el proceso sancionador de la vida cotidiana”, por lo que la influencia es mutua. El problema se plantea, pues, cuando la demanda de seguridad y de pena existente en una sociedad –y que en muchas

¹ GARCIA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 1995, pág. 39.

² DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, cit., pág. 11. En idéntico sentido LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1999, pág. 71.

³ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “Un Derecho penal en la frontera del caos”, *Revista de Estudios Jurídicos y Económicos de la Fundación Municipal Universitaria de Algeciras*, núm. 1, 1997, pág. 44.

⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, pág. 28.

⁵ Como advierte LUZÓN PEÑA (*Curso de Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 71), “las connotaciones negativas del término ‘control de la desviación’ pueden conducir a una generalización y descalificación global de la función de todo el Derecho penal como mecanismo –eso sí, con ciertas garantías formales– de control (aunque lo ejerza la mayoría) sobre la conducta simplemente desviada, discrepante o marginal, aunque no sea gravemente dañosa para la sociedad, e incluso de dominación e imposición de sus intereses a la sociedad por grupos minoritarios!”. En un sentido similar resalta DE LA CUESTA AGUADO (“Un Derecho penal en la frontera del caos”, cit., pág. 46) como el “Derecho penal etiqueta formalmente al marginado asegurando su condición social de tal e impidiendo, en definitiva, que actúe como factor en la dinámica hacia al frontera del caos descrita. Pero además el etiquetamiento y estigmatización del marginado como delincuente sirve como factor que refuerza la vigencia de la norma y el *status quo* del ‘no marginado’”.

ocasiones responde más a una construcción de los conflictos que a su realidad- se utiliza como justificación de un modelo de Derecho penal orientado principalmente a dos objetivos: lograr hacer efectivo el derecho a la seguridad, aun a costa de la seguridad de los derechos de las minorías⁶; y hacer realidad las aspiraciones vindicativas del grupo social⁷.

En tal caso se produciría lo que denomina DIEZ RIPOLLÉS un “protagonismo de la plebe”⁸, entre cuyos efectos se destaca la disposición de legislador a legislar simbólicamente. En este sentido indica este autor como tal actitud ejercería un efecto llamado o, al menos facilitador del acceso de las propuestas populares, de forma que cuanto más propenso se esté a no acomodar la repuesta legislativa a los criterios legitimadores de la intervención penal, mejor acogida tendrán las demandas populares de legislar⁹.

Hay que tener en cuenta, en segundo lugar que, como se encarga de recordarnos ROLDÁN BARBERO, “el control social es un asunto de poder”¹⁰. De este dato se han derivado dos importantes consecuencias para el Derecho penal y su función de control social: la concepción de la delincuencia como respuesta a un conflicto de poderes, por una parte; y, la consideración del sistema penal como expresión de una violencia estructural, por otra.

El orden social, y consecuentemente el reparto del poder, no es ya una cuestión de cada grupo social. La globalización, y más concretamente la idea de un mercado global, es el eje sobre el que gira todo un nuevo orden social en el que la política mundial es un mero instrumento a favor de los poderes económicos. Precisamente, como afirma TEZANOS, “la exaltación desmedida del globalismo es en gran medida una estratagema de los poderes económicos para escapar a cualquier posibilidad de control social o escrutinio democrático”¹¹. Desde esta perspectiva no es ya que la delincuencia aparezca como una respuesta al conflicto: es el propio orden social y económico, con su incapacidad para establecer los necesarios equilibrios políticos y sociales y de prestar la atención debida a los nuevos problemas globales, el que contribuye a la creación de un vacío de poder democrático favorecedor de situaciones de exclusión, y por supuesto, de la aparición de actividades ilegales o alegales en el ámbito de la economía. Las mafias y los negocios ilegales internacionales se están convirtiendo en verdaderos poderes económicos¹².

El carácter primordialmente económico y organizado de la criminalidad de la globalización¹³, y la asignación al Derecho penal de cometidos fundamentalmente prácticos,

⁶ Véase BARATTA, A.: “Seguridad”, *Capítulo criminológico*, vol. 29, núm. 2, (junio 2001), pág. 7.

⁷ Mediante la punición, observa BERGALLI (“Globalización y control social: Postfordismo y control punitivo”, *Sistema*, núm. 160, 2001, pág. 125), el nuevo Derecho penal crea alarma social para convertirse en fuente de consenso en torno a las instituciones

⁸ DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, págs. 36-41.

⁹ DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 41.

¹⁰ ROLDÁN BARBERO, H.: “¿Qué queda de la contestación social de los años 60 y 70 en la criminología actual?”, *RDPC*, 2002, núm. 10, págs. 221-222.

¹¹ TEZANOS, J.F.: “Globalización, poder y democracia”, *Sistema*, núm. 165, 2001, pág. 6.

¹² Sobre las dos caras de la globalización y su reflejo en la aplicación de la ley penal véase ASUA BATARRITA, A.: “Política criminal y política extranjera. La expulsión como sustitutivo de la respuesta penal ordinaria”, *AP*, 2001-3, págs. 1011-1013.

¹³ Advierte SILVA SÁNCHEZ (*La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las x-*

en el sentido de una mayor eficacia, en la respuesta a los ilícitos propios de la globalización y de la integración supranacional podría dar lugar, como advierte SILVA SÁNCHEZ, a una flexibilización de categorías y relativización de principios que abona la tendencia general hacia la expansión penal¹⁴.

Ante la amenaza que la expansión del Derecho penal supone para las garantías consolidadas en nuestros sistema penales, HASSEMER propone en Alemania una redistribución formal de lo ilícito mediante la institución de un nuevo ordenamiento sancionador, al que denomina “Derecho de intervención”, que permita tratar adecuadamente los problemas que, a su juicio, sólo de manera forzada se pueden tratar en el Derecho penal clásico¹⁵. Este “Derecho de intervención” se caracterizaría por proporcionar un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos¹⁶.

En la ciencia penal española, y en una línea muy similar a la seguida por el profesor alemán, SILVA SÁNCHEZ plantea la posibilidad de un Derecho penal -de segunda velocidad- aplicable a los delitos económicos y de riesgo. Se trataría, como el propio autor expone, de un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal caracterizado por la imposición de penas más próximas a las sanciones administrativas y la flexibilización de los criterios de imputación y de las garantías político-criminales¹⁷.

No obstante, la posibilidad de diferenciar sectores diferentes dentro del propio Derecho penal no parece que constituya la opción preferible. En primer lugar se trata de una solución que parte de un postulado no del todo exacto, cual es el de la menor gravedad de la delincuencia económica frente a la delincuencia clásica. En este sentido indica TERRADILLOS BASOCO que cuando la criminalidad económica sea grave —y la criminalidad transnacional económica lo es— exigirá respuestas preventivamente adecuadas, sin que exista razón alguna que justifique la no utilización de la pena privativa de libertad, al menos si se quiere mantener cierta coherencia con valoraciones inherentes a todos los sistemas jurídico-penales: y si no es aceptable rebajar la contundencia de las sanciones, tampoco lo será el de rebajar el sistema de garantías. Otra cosa, advierte el mismo autor, es que se esté sugiriendo que este tipo de delincuencia no es acreedora sino de una leve desvaloración y de sanciones meramente pecuniarias, en cuyo caso no se trata de relajar las garantías político-criminales del Estado de Derecho, sino de propugnar la exclusión de aquellas conductas que no revistan la necesaria lesividad del ámbito punitivo, hasta llegar a un Derecho penal más acorde con el principio de intervención mínima¹⁸.

Además, -y aun para quienes consideren que la delincuencia económica merece una

ciudades postindustriales, Madrid, 1999, pág. 99) como “el paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad: terrorismo, narcotráfico, o criminalidad organizada”.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal...*, cit., pág. 88.

¹⁵ HASSEMER, W.: *Persona, mundo y responsabilidad*, (trad. Muñoz Conde/Díaz Pita), Valencia, 1999, pág. 67.

¹⁶ HASSEMER, W.: *Persona, mundo y responsabilidad*, cit., pág. 72.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal...*, cit., pág. 129.

¹⁸ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “El Derecho penal de la globalización: luces y sombras”, en J.R. Capella (Coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, 1999, págs. 190-191.

respuesta penal atenuada-, existiría el peligro de que esta desformalización y flexibilización de los nuevos ámbitos pueda contagiar todo el sistema, arrastrando también hacia este terreno al sector nuclear de los delitos graves sancionados con penas privativas de libertad¹⁹. Por último, y en la medida en que lo característico del Derecho penal es el recurso a la pena, el Derecho penal ha de ser uno en todo conforme con las exigencias del Estado de Derecho; conformidad que, como advierte GRACIA MARTÍN, “se realiza en un grado tan absoluto que la misma no admite excepciones ni una mínima relativización”²⁰.

Pero, para el Derecho penal, el fenómeno de la globalización no significa solamente la necesidad de hacer frente a un nuevo tipo de delincuencia organizada. Tomar en su conjunto las relaciones Derecho penal-globalización supone, asimismo, analizar otros fenómenos que también se producen en las esferas cultural y jurídica de las sociedades, y que si bien son parciales, forman parte o son consecuencia de la misma globalización²¹.

Por una parte, la instauración de un “mercado mundial”, con el redimensionamiento de los poderes que ello ha supuesto, implica como subraya TEZANOS, “un desencajonamiento de numerosas piezas de la urdidumbre social y política anterior”²². No es de extrañar, pues, que el panorama sociológico existente en muchos países desarrollados sea un panorama de gran complejidad que presenta no pocas contradicciones y numerosos puntos ciegos. El sistema de la competencia global tiene efectos sociales que no son precisamente de homogeneidad sino de heterogeneidad, esto es, de multiplicaciones de las divisiones sociales, de zonas integradas que generan situaciones de hegemonía social y económica, zonas de vulnerabilidad que no generan ninguna hegemonía económica y social y zonas de exclusión que generan estigmatización económica y social²³.

La globalización, lejos de constituir una palanca de ampliación de estrategias penales de aplicación igualitaria, consagra la desigualdad, sobre todo como efecto de procesos de desregulación cuya consecuencia fundamental es la impunidad del poderoso en entornos débiles²⁴. Acorde con este nuevo orden social, en las importantes reformas del Derecho penal que se han llevado a cabo en nuestro país en los últimos años es posible observar una marcada tendencia a la neutralización de los “excluidos”, bien por su pertenencia a “sectores excluidos” o por su autoexclusión del sistema, manifestada en la repetición de su comportamiento delictivo²⁵.

¹⁹ MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, pág. 184.

²⁰ GRACIA MARTÍN, L.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, pág. 156.

²¹ Véase BERGALLI, R.: “Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo”, cit., pág. 122.

²² TEZANOS, J.F.: “Globalización, Poder y Democracia”, cit., pág. 7.

²³ BRUNET, I./ALARCÓN, A.: “Globalización y migraciones”, *Sistema*, núm. 165, 2001, pág. 33. Como acertadamente advierte FLAVIO GÓMES (“Globalización y Derecho penal” en AA.VV., *modernas tendencias del Derecho penal y de la criminología. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2001, pág. 333), “el patente incremento de las desigualdades socioeconómicas y culturales, que ya no permiten dividir a la población en ricos y pobres, en pertenecientes a la zona noble o al suburbio, sino en englobados y excluidos”.

²⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Sistema penal y criminalidad internacional”, en Nieto Martín (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, Cuenca, 2001, págs.

²⁵ Así, las leyes orgánicas 3/2003 y 11/2003 van dirigida contra tres colectivos muy concretos: el de los terro-

Por otra, la pérdida de capacidad estatal derivada del proceso de globalización, o al menos su inconsistencia en el campo de producción y aplicación del Derecho, determina la incapacidad del sistema penal para controlar las nuevas relaciones sociales. Frente a ello, el Estado criminaliza los conflictos sociales y organiza el sistema penal en torno a la exclusión y a la punición, hasta el punto de crear alarma social para convertirse así en fuente de consenso en torno a las instituciones, previniendo de este modo cualquier eventual disenso político²⁶. Como subraya DÍEZ RIPOLLÉS, cuanto mayor sea el consenso social sobre las medidas a tomar, más se potencia la demanda de éstas y más rápidamente se atiende, lo que sucede, desde luego, sin guardar relación con la racionalidad de las medidas solicitadas²⁷.

La situación anteriormente descrita incide a su vez en la función que, como mecanismo de control social, está desempeñando *de facto* el Derecho penal. Por una parte, y en la medida en que el Derecho penal contribuya al mantenimiento del esquema de poder dominante en las sociedades actuales, está contribuyendo a reproducir las relaciones desiguales de propiedad y poder²⁸: aparece como un mecanismo reproductor de la violencia estructural que caracteriza a la actual sociedad global²⁹. Por otra, la progresiva pérdida de capacidad del Derecho penal para neutralizar las actuales causas de los conflictos³⁰ conlleva dos consecuencias importantes: la deslegitimación del Derecho penal, y la reivindicación de su función simbólica.

Así, frente a la finalidad legítima del Derecho penal consistente en la protección de bienes jurídicos (función instrumental), se viene imponiendo el reconocimiento de que el Derecho penal cumple, *de facto*, una función simbólica³¹. Se dice que el Derecho penal desempeña una función simbólica cuando su utilización tiene como principal –y a veces único– efecto el de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, dirigidos en última instancia a sugerir una eficacia estatal en la resolución de los conflictos que no es tal en la realidad³².

La relación entre funciones instrumentales y funciones simbólicas del Derecho pe-

ristas, a quienes se les trata con argumentos propios de un Derecho penal del enemigo; el de los extranjeros, frente a los que se potencia como respuesta la expulsión del territorio; y los pequeños delincuentes habituales, frente a los que se eleva a la categoría de delito la tercera falta cometida.

²⁶ BERGALLI, R.: “Globalización y control social...”, cit., pág. 124.

²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 40.

²⁸ La globalización, cuyo objetivo no es evitar la desigualdad, sino la exclusión de un mundo de oportunidades, al poner en primer plano la economía y en segundo plano la política erradiza, al priorizar los derechos de la propiedad sobre los derechos de bienestar toda acción estructural y colectiva contra la desigualdad y la redistribución de la riqueza. BRUNET, I./ALARCÓN, A.: “Globalización y migraciones”, cit., pág. 33.

²⁹ Véase BARATTA, A.: “Violencia estructural y violencia penal”, *Nuevo Foro Penal*, núm. 46, 1989, pág. 45.

³⁰ BERGALLI, R.: “Globalización y control social...” cit., pág. 124.

³¹ Sobre las distintas “funciones” que puede cumplir la utilización simbólica del Derecho penal véase LARRAURI PIJOÁN, E.: *La herencia de la criminología crítica*, Madrid, 1991, págs. 216-230.

³² Enfatizan el engaño o la contradicción entre lo que se pretende y lo que se consigue los conceptos manejados por SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 305; BARATTA, A.: “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal...”, cit., pág. 54; y DÍAZ PITA; M.M./FARALDO CABANA, P.: “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas penales de 1995”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 7, 2002-1, pág. 119. Sobre otros conceptos de derecho penal simbólico véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en AAVV, *Modernas tendencias del Derecho Penal y de la Criminología*, Madrid, 2001, pág. 122.

nal se ha vuelto una cuestión central en la discusión sobre los sistemas penales y las políticas punitivas en Europa³³. Esta relación, como subraya BARATTA³⁴, se vuelve cada vez más problemática y contradictoria. Obviamente, el Derecho penal cumple en la actual sociedad de símbolos una función simbólica³⁵. En este sentido, nos recuerda DÍEZ RIPOLLÉS que “al Derecho penal le es consustancial el uso de los denominados efectos simbólicos y que, en efecto, se ha servido siempre de ellos, por lo general con plena conciencia de su legitimidad, para la obtención de sus fines”³⁶. En cuanto que la legislación simbólica no se oponga al logro de la función instrumental propia del Derecho penal, no plantea mayor problema³⁷. Las objeciones se plantean, sin embargo, cuando se intenta legitimar el Derecho penal desde su función simbólica – confundiendo fines y funciones, ser y deber ser-; o, cuando los efectos simbólicos, afectan negativamente a la tutela real de los bienes jurídicos³⁸.

La primera de las problemáticas apuntadas es la que, precisamente, está presente en los planteamientos sistémico-funcionalistas más radicales. El Derecho penal, desde esta perspectiva, no tiene como función principal y exclusiva la defensa de bienes jurídicos, sino, ante todo, la función simbólica de ordenamiento normativo entendido como instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua. De este modo, el Derecho penal surgido de los aludidos planteamientos se desentiende de la eficaz protección de los bienes jurídicos en aras de otros fines que le son ajenos. Como afirma GARCIA PABLOS³⁹, no mira al infractor potencial, para disuadirle, sino al ciudadano que cumple las leyes para tranquilizarle, para restablecer su confianza en las instituciones que ha sido quebrada por el delito.

Cuando, además, se utiliza deliberadamente el Derecho penal para producir un mero efecto simbólico en la opinión pública y no para proteger con eficacia los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, la función del Derecho penal “se pervierte”. Se introducen disposiciones excepcionales, a sabiendas de su inútil o imposible cumplimiento, y, a medio plazo desacredita al propio ordenamiento, minando el poder intimidatorio de sus prohibiciones⁴⁰. El déficit de tutela real de bienes jurídicos es

³³ En este sentido resaltan DIAZ PITA/FARALDO CABANA (“La utilización simbólica del Derecho penal...”, cit., pág. 120) como el carácter simbólico del Derecho penal de los últimos tiempos no es más que uno de los rasgos propios de lo que se ha dado en llamar moderno derecho penal. El moderno derecho penal en contraposición al derecho penal clásico, se caracterizaría, a juicio de esta autoras, por la utilización del concepto de bien jurídico y la defensa del mismo de forma expansiva; por el traslado de la prevención a primera línea como objetivo prioritario del derecho penal; y, por último, y aquí es donde se encuadra el carácter simbólico, por la llamada orientación a las consecuencias, entendiendo por la misma una mezcla entre intervención penal dirigida a la composición de conflictos y adoctrinamiento de la sociedad en cuanto a la percepción de esta intervención como adecuada y necesaria.

³⁴ BARATTA, A.: “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal, cit., pág. 53.

³⁵ En este sentido subraya GARCÍA-PABLOS (*Derecho penal. Introducción*, cit., pág. 50) “que en una sociedad de signos y símbolos también el Derecho penal cumple una cierta función simbólica, no puede extrañar”.

³⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, cit., pág. 112.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 307.

³⁸ No se trata simplemente de eliminar aquellos efectos simbólicos que no casen con la política criminal, pues hay muchos otros efectos que en principio aparecen como legítimos. En la medida en que el Derecho penal no puede quedar legitimado en una ilusión, en un engaño, ninguno de estos otros efectos puede ser considerado legítimo desde el punto de vista del Derecho penal

³⁹ GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, cit., pág. 51.

⁴⁰ GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, cit., pág. 51. En una línea similar indica SILVA

compensado por la creación, en la ciudadanía, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: las normas continúan siendo violadas, la sensación de inseguridad crece, y todo ello termina justificando un mayor, y sobre todo, innecesario rigor punitivo.

II. LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO PENAL. MODELOS

Frente al panorama descrito, y ante la necesidad de dotar de un fundamento racional a la propia existencia del Derecho penal, han sido varias las respuestas que se han articulado. Hoy por hoy, superadas las tesis exclusivamente resocializadoras, parece que la discusión ha de centrarse en la adscripción a uno de los dos modelos que siguen discutiéndose: el modelo garantista, vinculado a la idea de bien jurídico y al respeto de las garantías político-criminales; y el modelo sistémico, vinculado a la vigencia de la norma y a la protección de la sociedad. Modelos que responden, respectivamente, a las ideas de validez y utilidad⁴¹. Previamente, y antes de analizar los modelos de justificación de la intervención penal, es preciso hacer referencia a las opiniones partidarias de la abolición del Derecho penal.

1. El abolicionismo como respuesta a la crisis sobre la legitimación del sistema penal

Una cuestión que antecede a la del modelo de Derecho penal a seguir es precisamente la de la necesidad del propio sistema penal, ya que dependiendo de las razones que se esgriman para justificar dicha necesidad podrán reconocerse los distintos modelos de derecho penal, en los que, por supuesto, tanto el sistema de garantías como la función asignada al bien jurídico es divergente.

Sólo se puede hablar de distintos modelos de Derecho penal cuando la respuesta a la necesidad del propio Derecho penal es positiva, es decir, cuando nos encontramos ante posturas que, aunque por diferentes razones, justifican y aceptan la existencia del Derecho penal. Frente al justificacionismo penal, hay que tener en cuenta aquellas otras posturas que están por la abolición del derecho penal, las doctrinas abolicionistas⁴². El abolicionismo va mucho más allá de la mera reforma del Derecho penal, preconizando la total desaparición del sistema penal, al considerar que no es posible encontrar justificación alguna a su mantenimiento⁴³.

SÁNCHEZ (*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pág. 307) que la legislación simbólica es rechazable, pues a corto plazo cumple funciones educativas/promocionales/de integración, que no se corresponden con las funciones instrumentales propias del Derecho penal, y, a largo plazo redunda incluso en una pérdida de fiabilidad del ordenamiento en su conjunto, bloqueando las funciones instrumentales del mismo.

⁴¹ Véase al respecto Díez RIPOLLÉS; J.L: *La racionalidad de las leyes penales*, cit., págs. 120-126.

⁴² Dicho movimiento abolicionista procede de dos perspectivas: de una parte, de quienes niegan legitimidad a la imposición de sanciones jurídicas; y de otra parte, de quienes, sin negar su legitimidad de principio, niegan la eficacia o necesidad de las mismas. LARRAURI PIJOÁN, E.: "Abolicionismo del Derecho penal: Las propuestas del movimiento abolicionistas", *Poder y control*, núm. 3, 1987, p. 95 y ss.

⁴³ "...bien porque impugnan de raíz su fundamento ético-político, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al coste de la triple constricción que produce...". FERRAJOLI, L.: *Derecho y*

Según los partidarios de las tesis abolicionistas, el sistema penal no cumple función alguna, sino que más bien representa un problema social⁴⁴. El sistema penal no resuelve los problemas de la criminalidad; estigmatiza a aquellos que caen en la maquinaria penal, y se apropia del conflicto y no deja lugar a soluciones pacíficas⁴⁵. En consecuencia, la corriente abolicionista pretende abolir la totalidad del sistema de justicia criminal; es decir, los conceptos por él contruidos, las estructuras de poder con las que opera y el Derecho penal que legitima. Para sustituir el sistema penal se propone un sistema de arreglo de conflictos con las siguientes características:

a) La reconstrucción del delito. El delito no tiene realidad ontológica: es una construcción, un producto, un mito. Lo que el sistema penal define como delictivo son simplemente conflictos o situaciones problemáticas, comportamientos no deseables, pero no por ello actos que tengan que erradicarse, sino sólo tratarse con instrumentos diferentes a los penales.

b) La utilización de nuevos conceptos: en lugar de delito y delincuente se utilizan concepto tales como situaciones-problemas y protagonistas o implicados en un conflicto.

c) La elaboración de un sistema de justicia comunitaria, basado en el modelo de justicia civil-compensatoria, y dirigida a la reconciliación de los implicados en el conflicto.

Con independencia de los aspectos positivos que, sin duda, poseen, la tesis abolicionistas⁴⁶ son susceptibles de una valoración crítica. Entre otras, se podrían formular las siguientes objeciones:

a) El abolicionismo no presenta alternativas reales y eficaces al Derecho penal. La justicia comunitaria que propone es propia de sociedades primitivas o preindustriales, incompatible con el grado de desarrollo y complejidad alcanzado por las sociedades modernas⁴⁷. Además, la justicia comunitaria puede terminar convirtiéndose -como la experiencia ya lo ha demostrado- en un control mucho más represivo que el estatal y más violatorio de los derechos humanos. La modalidad compensatoria, por su parte, no es aplicable a un importante número de delitos, dejando desamparada en estos casos a la víctima, y excluyendo cualquier juicio de responsabilidad sobre las estructuras sociales⁴⁸. Por último, su propuesta de sustituir la justicia penal por una justicia civil sólo conseguiría trasladar el problema a otro subsistema del control social, perdiéndose las importantes ventajas que el Derecho penal representa frente a otros sistemas:

Razón. Teoría del Garantismo penal, (trad. por Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Molino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés), Madrid, 1995, pág. 247.

⁴⁴ Vid. FERRAJOLI, *Derecho y Razón...*, cit., pág. 252.

⁴⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, E.: *Política criminal*, Madrid, 2001, págs. 107-109.

⁴⁶ El rechazo del abolicionismo no significa que no se deba trabajar a favor de soluciones extrapenales a los conflictos sociales más graves. En la medida en que puedan desarrollarse instituciones sociales que asuman satisfactoriamente dicha función parece adecuado ir relegando el Derecho penal a los supuestos en los que no existe otra alternativa para la resolución del conflicto, o se presenta como la más idónea.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 21.

⁴⁸ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M.: "¿Hacia donde va la Criminología contemporánea?", *Capítulo criminológica*, núm. 20, 1992, pág. 37.

distanciamiento entre autor y víctima, que evita la venganza privada; e igualdad de armas en el proceso⁴⁹.

b) Desde el momento en el que se admite la necesidad del Derecho penal, las tesis abolicionistas no contribuyen en modo alguno a la elaboración de un Derecho penal garantista, pues como afirma FERRAJOLI estas doctrinas eluden todas las cuestiones más específicas de la justificación y de la deslegitimación del Derecho penal, menospreciando cualquier enfoque garantista, confundiendo en un rechazo único modelos penales autoritarios y modelos penales liberales, y no ofreciendo por consiguiente contribución alguna a la solución de los difíciles problemas relativos a la limitación y al control del poder punitivo⁵⁰.

2. El Derecho penal surgido de las teorías sistémico-funcionalistas (Modelo tecnológico)

De entre las corrientes funcionalistas que surgen a partir de la década de los sesenta es de destacar, en cuanto supone una nueva manera de fundamentar el sistema penal, el modelo funcionalista de Derecho penal propuesto en Alemania por JAKOBS. La aplicación de la teoría sistémico-funcionalista al Derecho penal ha afectado a los tres planos en los que se desarrolla el discurso penal: 1) en el plano técnico jurídico, referido a la dogmática del delito, mediante la radical normativización de los criterios de imputación; 2) en el plano político criminal, relativo al objeto y a la finalidad de la tutela penal; 3) y en el plano ideológico, concerniente a la fundamentación y a la legitimación del sistema penal⁵¹. Al margen de las implicaciones dogmáticas de las teorías sistémicas, importa ahora resaltar aquellas características que por ir referidas al objeto y finalidad del Derecho penal permiten vislumbrar los lineamientos básicos de este modelo de intervención punitiva.

a) *La vigencia de la norma como función del Derecho penal*

Siguiendo los postulados de la sociología de sistemas de LUHMANN⁵² -en la que el Derecho se concibe como un subsistema orientado a la estabilización del sistema social, de orientación de las acciones y de estabilización de las expectativas-, el centro de atención se desplaza a la “confianza institucional”⁵³. En este sistema la función de las normas -en tanto estabilización de expectativas-, es independiente de su contenido. De ahí se deriva que la violación de la norma sea siempre socialmente disfuncional, pero no tanto porque resulten lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino

⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, cit., pág. 11.

⁵⁰ FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón...*, cit., pág. 251.

⁵¹ Véase BARATTA, A.: “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, *Capítulo Criminológico*, núm. 15, 1987, pág. 9.

⁵² En el que se concibe a la sociedad ante todo como un sistema en el que cual los elementos singulares (subsistemas) desempeñan determinadas funciones

⁵³ LUHMANN entiende por confianza institucional aquella forma de integración social que en los sistemas complejos sustituye los mecanismos espontáneos de confianza recíproca entre los individuos, existentes en una comunidad de organización elemental.

por cuanto es puesta en discusión la validez misma de la norma, y con la confianza institucional garantizada por la misma.

Desde esta perspectiva, el Derecho penal aparece como un subsistema dirigido a garantizar la confianza institucional mediante el restablecimiento de la vigencia de la norma cuestionada por el delito⁵⁴. En este sentido afirma JAKOBS que la tarea del Derecho penal no puede consistir en impedir la lesión de bienes jurídicos. Su función es la confirmación de la validez de la norma, en cuanto validez es equiparable a reconocimiento. Consecuente con esta nueva función del Derecho penal, el principio del delito como lesión de bienes jurídicos es reemplazado por el principio del delito como expresión simbólica de infidelidad al ordenamiento jurídico. Y la idea de prevención general y especial es sustituida por la del “ejercicio del reconocimiento y fidelidad a la norma”.

b) *El restablecimiento de la confianza institucional como fundamento y legitimación del sistema penal*

De acuerdo con lo anterior, el fundamento del Derecho penal no ha de buscarse ya en la tutela de bienes jurídicos, sino, ante todo, en la función simbólica del ordenamiento normativo, entendido como instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua.

Desde esta perspectiva, el delito deja de ser la puesta en peligro de un bien jurídico para pasar a ser una amenaza a la integridad y a la estabilidad social, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al Derecho. También la pena aparece, a su vez, como una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito⁵⁵ cuya función es el restablecimiento de la confianza institucional violada por el delito⁵⁶.

La teoría sistémico-funcionalista, basada sobre el significado simbólico y expresivo del delito y de la pena, constituye uno más de los diferentes intentos por dar una nueva fundamentación al Derecho penal ante el movimiento de crisis en el que se encuentra inmerso⁵⁷. Pero, con independencia de las objeciones que se le puedan hacer desde planteamientos garantistas, una concepción que se fundamente en el fin último de la estabilización de la norma jurídico-penal, en tanto expresión de una infracción de las expectativas sociales, es susceptible, en sí misma, de serias críticas.

En primer lugar, la teoría sistémica-funcionalista incurre en la denominada falacia normativista⁵⁸, al pretender derivar de las funciones que efectivamente cumple el

⁵⁴ JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. por Cuello Contreras y Serrano González de Mourullo), Madrid, 1995, págs. 18, 45 y 55.

⁵⁵ BARATTA, A.: «Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», cit., pág. 6.

⁵⁶ Como resalta ZÚÑIGA RÓDRIGUEZ (*Política criminal*, cit., pág. 118) considerar la justicia de la imposición de la sanción en la afirmación del derecho se asemeja mucho a los razonamientos que, desde una postura retribucionista, hiciera HEGEL: el delito es la negación del Derecho y la pena es la negación del delito, y con ello, la reafirmación del Derecho.

⁵⁷ Véase BARATTA, A.: «Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», cit., pág. 18.

⁵⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, E.: *Política criminal*, cit., pág. 120.

Derecho penal (ser), los fines justificadores del mismo⁵⁹ (deber ser). Así, acreditan como fines o modelos a seguir lo que sólo son funciones o efectos realizados de hecho⁶⁰. En este sentido, advierte ZÚNIGA RODRÍGUEZ que una cosa es reconocer que el Derecho penal a largo plazo tiene funciones estabilizadoras de las normas, costumbres sociales y expectativas de los individuos, y otra muy distinta legitimar y fundamentar la construcción de todo el sistema penal en dicha función⁶¹.

A su vez, la funcionalización de todo Derecho penal con relación a un sistema social ideal –del que se desconocen sus características concretas, y lo que es más importante, su grado de violencia– sólo es capaz de proporcionar una justificación apriorística y abstracta del Derecho penal. Y en la medida en que por ello es compatible con cualquier modelo de política criminal, no permite mantener una actitud crítica frente a la arbitrariedad, los excesos y los errores⁶².

Como afirma MUÑOZ CONDE, “la teoría sistémica representa una descripción aséptica y tecnocrática del modo de funcionamiento del sistema, pero no una valoración, y mucho menos, una crítica del sistema mismo⁶³. Esta legitimación tecnocrática del funcionamiento del sistema punitivo resulta coherente, como afirma BARATTA⁶⁴, con la concepción del individuo como portador de la respuesta simbólica, y no como destinatario y fin de una política de reinserción social.

Lo abstracto e indeterminado del fin asignado al Derecho penal –estabilización de la norma– además de imposibilitar justificaciones –y lo que es más importante– deslegitimaciones parciales y/o de sistemas concretos, conduce, en opinión de SCHÜNEMANN, a un sistema cerrado en el que inevitablemente se produce una argumentación tautológica o circular en la que se pierde cualquier oportunidad de establecer límites a la intervención penal⁶⁵.

Por último, y desde los criterios que han de regir una teoría “justificacionista” del Derecho penal, quizá la crítica más contundente haya de ir dirigida al hecho de que sólo tome en consideración los eventuales efectos positivos que del ejercicio de la función penal puedan derivarse para la integración social y el restablecimiento de la confianza institucional. Y así, al desconocer –o despreciar– los altos costes sociales y

⁵⁹ FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón...*, cit., pág. 325. Si se quiere huir de la falacia normativista las justificaciones han de obtenerse a posteriori, sobre la base de la correspondencia comprobada entre los fines justificadores y las funciones efectivamente realizadas. Cuando una justificación es apriorística, es decir, prescinde de la observación de los hechos justificados, queda degradada a ideología normativista o idealista.

⁶⁰ Así, por ejemplo, indica críticamente BARATTA (« Integración-prevención : una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, cit., pág. 14), como del hecho de la denominada expansión del Derecho penal, las teorías sistémicas deducen la ineficacia del concepto de bien jurídico y del carácter subsidiario del derecho penal como criterios para una contención funcional y cuantitativa de la reacción punitiva.

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*”, cit., pág. 228. En sentido similar ZÚNIGA RODRÍGUEZ, E.: *Política criminal*, cit., pág. 120.

⁶² FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón...*, cit., pág. 345; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, E.: *política criminal*, cit., pág. 120; y SCHÜNEMANN, B.: “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, (trad. por Cancio Melia), Colombia, 1996, pág. 47.

⁶³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal y control social*, cit., pág. 26.

⁶⁴ BARATTA, A.: « Integración-prevención : una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, cit., pág. 24.

⁶⁵ SCHÜNEMANN, B.: “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, cit., págs. 46-47.

gravísimos efectos que, sobre la integración social y la confianza en las instituciones, de hecho tiene el Derecho penal⁶⁶, olvida que el coste social de las penas, y más en general de los medios de prevención de los delitos, puede ser superior al coste mismo de las violencias que trata de prevenir. Y en ese caso, el sistema penal que se pretende justificar queda en gran medida deslegitimado⁶⁷.

3. La propuesta garantista y el Derecho penal mínimo

Nacida durante los años sesenta y setenta en el contexto italiano, la teoría del garantismo penal trata de introducir, junto a las exigencias formales, nuevas exigencias materiales que permitan conciliar el principio preventivo-general de protección de la sociedad mediante la disuasión de los delincuentes, con los principios de proporcionalidad y humanidad, por un lado, y de resocialización, por otro⁶⁸. A pesar de que muchos de los postulados abolicionistas son, a su vez, compartidos por los defensores de un modelo garantista, éstos –a diferencia de aquéllos– entienden que el Derecho penal, si bien ha fracasado en la mayoría de los fines que le han sido asignados, todavía puede servir para cumplir un fin primordial: la minimización de la violencia en la sociedad, “previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas o en otras posibles reacciones informales”⁶⁹.

Precisamente, el reconocimiento de esta doble finalidad preventiva –prevención de los delitos y de las penas arbitrarias– es la que vendría a legitimar la necesidad política del Derecho penal como instrumento de tutela de aquellos bienes que no está justificado lesionar con delitos ni con castigos⁷⁰. Como dice FERRAJOLI, “un sistema penal – puede decirse– está justificado únicamente si la suma de las violencias –delitos, venganzas y puniciones arbitrarias– que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas”⁷¹.

A partir de estas premisas, y como observa DÍEZ RIPOLLÉS, el garantismo propone un modelo de Derecho penal autolimitado en virtud de tres ideas fundamentales. Su humanización, basada en la tajante consideración de la pena como un mal, y que consecuentemente obliga a restablecer la seguridad jurídica respecto a ella, a valorar el tratamiento como un derecho disponible del delincuente, y a perfeccionar el sistema de penas; su configuración como un Derecho penal mínimo; y su desconexión de las exigencias éticas, que lleva a que sus contenidos se prevean en función de las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social y de

⁶⁶ BARATTA («Integración-prevención : una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», cit., págs. 20-21), pone como ejemplo los efectos disgregantes de la pena privativa de libertad produce en el ámbito familiar y social del detenido: en el distanciamiento social generado por al estigmatización penal, que interrumpe o de cualquier modo perjudica el contacto social del estigmatizado con el resto de la sociedad; en la profunda desconfianza producida por la percepción del funcionamiento selectivo y desigual del sistema penal y por las distorsiones que tiene lugar en el uso de sus diversos instrumentos.

⁶⁷ FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón...*, cit., pág. 343.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 37.

⁶⁹ FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón...*, cit., pág. 335.

⁷⁰ FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, cit., pág. 335.

⁷¹ FERRAJOLI, L.: “El Derecho penal mínimo”, *Poder y Control*, núm. 0, 1986, pág. 37.

las vigentes concepciones sociales de los bienes a proteger y el sistema de responsabilidad a respetar.

Ahora bien, no toda propuesta garantista –entendiendo por tal aquella en la que las garantías político-criminales se traen a primer plano– implica, como pretende FERRAJOLI, una legitimación del Derecho penal en base a consideraciones estrictamente utilitaristas. Para FERRAJOLI el utilitarismo penal tradicional, al excluir los castigos inútiles basados en razones morales, constituye la base para construir cualquier doctrina racional de justificación penal, así como para establecer límites al poder de castigar. En su opinión, sólo el “utilitarismo penal reformado” –entendido como “la máxima satisfacción para la mayoría, con el riesgo de mínimas garantías para la minoría”– permite legitimar el Derecho penal limitando su intervención⁷². Al girar la fundamentación ligada a la utilidad en torno a los fines de la pena, los principios garantistas cumplen en la construcción del autor italiano una misión puramente negativa. Tales garantías, como subraya DÍEZ RIPOLLÉS, son formulables únicamente en sentido negativo, de forma que bajo los postulados de un Derecho penal mínimo no se puede, por ejemplo, identificar un sistema de prohibiciones positivo legítimo⁷³.

El reto consiste, pues, en colocar junto a la teoría de los fines de la pena, en el mismo plano y con el mismo rango, a los principios garantistas, para que de ese modo dejen de ser meros límites para convertirse en principios fundadores tan originarios como la teoría de la pena⁷⁴. Y ello sólo se consigue conciliando las ideas de utilidad y validez.

III. RAZONES Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO PENAL MÍNIMO

1. La integración de los fines preventivos y garantistas. Criterios de utilidad y validez

Como medio de control social, el Derecho penal cumple su función mediante la evitación de los daños o riesgos más graves para bienes fundamentales para la convivencia. El Derecho penal obtiene, pues, su legitimación, en la medida en que se convierta en instrumento para la salvaguarda de una serie de bienes –que son los bienes jurídicos en cuanto presupuestos básicos de la convivencia social– que no se deben lesionar ni con la realización del delito ni con la intervención punitiva. En un Estado democrático, la aludida función de protección de bienes jurídicos ha de traducirse en la protección o tutela de los bienes jurídicos de “todos los ciudadanos”, con independencia del lugar que ocupen en el sistema social, y con independencia, también, de que sean potenciales delincuentes o potenciales víctimas.

Así entendida, la función de protección de bienes jurídicos no se realiza únicamente con la prevención de los delitos. Junto a ello, el Derecho penal debe asumir otra

⁷² FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, cit., pág. 261.

⁷³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 88.

⁷⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 120.

función preventiva, ahora de signo negativo, cual es la prevención de la propia violencia punitiva del Estado manifestada en las penas arbitrarias o desproporcionadas⁷⁵, asumiendo el compromiso real de proteger los bienes jurídicos efectivamente amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo⁷⁶.

Desde un punto de vista estrictamente utilitarista, pues, la legitimidad del Derecho penal proviene de la capacidad de las normas penales para prevenir los delitos, siempre y cuando el establecimiento de una pena menos grave o incluso la despenalización de determinadas conductas no redunden en una menor eficacia preventiva⁷⁷.

Ahora bien, ello no significa necesariamente que los demás aspectos de la intervención penal –básicamente los de contenido garantista- hayan de ser en todo caso relegados a la categoría de límites. En esta línea pueden situarse planteamientos doctrinales como el seguido en nuestro país por SILVA SÁNCHEZ o DÍEZ RIPOLLÉS, que apoyan la legitimación del Derecho penal tanto en el fin de prevención de los delitos, como en su aspecto de garantía del ciudadano.

La construcción de SILVA SÁNCHEZ parte de la contraposición entre los fines preventivo-generales o de protección y los fines garantísticos, entendiendo que su relación, lejos de ser estática y pacífica, es dinámica y de confrontación permanente⁷⁸. Este modelo, basado en la contraposición de ambos fines, permite al autor distinguir nítidamente entre fines de prevención general (desde la perspectiva tradicional de las teorías de la pena), y fines garantísticos (desde la perspectiva tradicional de los límites al *ius puniendi*).

Ahora bien, si se admite que los principios garantistas tienen que ser, como advierte DÍEZ RIPOLLÉS, principios fundadores tan originarios como la teoría de la pena –de la que hoy se presentan como meros límites–, no será posible diferenciar entre lo utilitario y lo valorativo, entre fines de protección y fines garantísticos, al inicio de la fundamentación del Derecho penal⁷⁹. Como subraya este autor, todo es utilitario al principio, pues las decisiones político criminales básicas no se adoptan por el mero deseo de hacer patentes ciertos valores socialmente arraigados, sino por el fin instrumental de mantener el orden social básico evitando los daños o riesgos graves para bienes fundamentales de la convivencia; pero al mismo tiempo, la elección de esos fines –y no otros, como podía ser el de la vigencia de la norma–, con sus inmediatas consecuencias instrumentales tiene un componente valorativo indudable. Pero es que, además, la concreción de los objetivos del sistema penal obliga a acomodarse a ciertas concepciones valorativas sobre el contexto de instrumentalidad en el que deben perseguirse tales fines, pues la decisión de lo que debe considerarse instrumental o no es también una decisión valorativa⁸⁰.

Los fines de protección y los fines garantistas no son, pues, finalidades contra-

⁷⁵ Véase FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, cit., pág. 334. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 211.

⁷⁶ Véase ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2001, pág. 51.

⁷⁷ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 243.

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 250.

⁷⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 126.

⁸⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, cit., págs. 126-127.

puestas. Y, en consecuencia, los principios que fundamentan y legitiman al Derecho penal no pueden ser clasificados en función de si sirven al fin de protección o al fin garantístico. Los principios informadores del Derecho penal nacen, como subraya DÍEZ RIPOLLÉS, no de la separación entre utilidad y validez, sino precisamente de su intersección⁸¹.

2. Lineamientos básicos de un modelo de Derecho penal mínimo y garantista desde el modelo de Estado constitucionalmente reconocido

2.1. Constitución y garantismo penal

De lo dicho hasta ahora se desprende que, en una primera aproximación, el garantismo designa un modelo de Derecho penal que, ajustado a la más estricta legalidad, se caracteriza en el plano epistemológico como un sistema de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de límites impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos⁸².

Al hilo de la exposición del modelo de Derecho penal derivado de las tesis sistemático-funcionales, ya se tuvo ocasión de afirmar la necesidad de que la justificación del Derecho penal vaya referida a un sistema político, social y jurídico concreto. Y es que el modelo de Derecho penal y el modelo de Estado son conceptos ínterrelacionados entre sí, en la medida en que las características de cada uno de ellos inciden, respectivamente, en las del otro.

Sí, a su vez, se opta –como aquí se ha hecho– por entender los principios garantísticos como principios que, junto al fin de prevención, fundamentan, justifican y legitiman la existencia misma del Derecho penal, parece obvio que la Constitución Española, en cuanto texto normativo en el que se manifiestan y configuran tales principios, marca decididamente la legitimidad de un determinado modelo de Derecho penal a favor de otros. La Constitución es la norma que define y establece los valores a los que ha de servir el ordenamiento⁸³, y es en ese sentido en el que delimita de forma positiva el campo de acción del Derecho penal⁸⁴. Pero además, y en la medida en que funda-

⁸¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 126.

⁸² Junto a la definición propuesta, existen otras dos acepciones del garantismo. Para la primera, proveniente de la Teoría del Derecho y Crítica del Derecho, el garantismo designa “una teoría jurídica de la validez y de la efectividad como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la existencia o vigencia de las normas”. Desde la Filosofía del Derecho y Crítica de la Política, el garantismo hace referencia a una filosofía política que impone al Derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, cit., págs. 851-853.

⁸³ La Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental (STC 8-2-1981) y de ahí que los principios generales incluidos en la Constitución tengan un carácter informador de todo el ordenamiento jurídico que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos (STC 2-2-1981).

⁸⁴ Al someter expresamente al legislador democrático a la obligación positiva de tutelar bienes como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico. Ello no puede llevar, sin embargo como advierte CARBONELL MATEU *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, cit., pág. 80) a pensar que no exista una obligación implícita de tutela de otros valores cuya naturaleza ha hecho innecesaria la mención.

menta y limita la actuación de los poderes públicos, representa a su vez el fundamento y límite del ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Como afirma BARBERO SANTOS, la conexión entre política y Derecho penal puede y debe ser entendida como una clave en la configuración del sistema penal de un país⁸⁵, el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución constituye sin duda el marco de referencia básico y fundamental de las valoraciones político-criminales que deben guiar cualquier programa de lucha contra la criminalidad⁸⁶.

El hecho de que la Constitución tenga un efecto normativo –tanto directo como indirecto– sobre el Derecho penal no quiere decir, sin embargo, que contenga en sí un programa de política criminal concreto, ni por tanto, establezca unos criterios inamovibles⁸⁷. La Constitución no sustituye al Código Penal. Pero dado que no es una mera regla formal de atribución de competencias, sino que comprende también un amplísimo catálogo de prescripciones materiales, el ordenamiento penal forzosamente ha de ser comprendido e interpretado a la luz de los principios constitucionales⁸⁸. En este sentido, como marco referencial, es en el que ha de ser entendido el “Programa penal de la Constitución”⁸⁹, como conjunto de valores, principios y normas que, sin determinar por completo las opciones legislativas, limitan y dotan de un sentido finalista a esta rama del ordenamiento jurídico⁹⁰.

Junto a los mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente la materia penal⁹¹, el denominado “programa penal de la Constitución” vendría integrado por toda una serie de prescripciones que, sin ir referidas, en concreto, a la materia penal, inciden en su regulación, interpretación y aplicación. Se trata, por una parte, de todo el catálogo de derechos fundamentales que materialmente constituye el contenido esencial de las materias de prohibición y de los límites a la potestad punitiva del Estado⁹²: el derecho a la igualdad (art. 14), a la vida y a la integridad física (art. 15), a la libertad ideológica y religiosa (art. 16), a la libertad personal (art. 17), al honor y a la intimidad (art. 18), a la libre expresión (art. 20), a la libertad de reunión (art. 21), a la libertad de

⁸⁵ BARBERO SANTOS, M.: “Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma”, *Sistema*, núm. 10, pág. 27.

⁸⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, E.: *Política criminal*, cit., pág. 50.

⁸⁷ CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, cit., pág. 80.

⁸⁸ Como afirma ARROYO ZAPATERO (“Fundamento Y función del sistema penal: el programa de la Constitución”, *Revista de la Universidad de Castilla-La Mancha*, 1987, pág. 99) “si no resulta posible una actividad científico-jurídica sin perjuicios de valor, sin ideología, si se trata de decidir el objeto de conocimiento y una metodología, estimo que la Constitución nos ofrece los presupuestos valorativos para establecer el objeto que nos ha de ocupar a los penalistas, y los métodos, o mejor, los valores en el método, de los que nos hemos de servir para el conocimiento de aquél.”

⁸⁹ ARROYO ZAPATERO, L.: “Control constitucional del Derecho y de la Justicia penal”, *CPC*, 1987, pág. 385 y ss.

⁹⁰ LAMARCA PÉREZ, C.: “Posibilidades y límites de la dogmática penal”, *CPC* 1987, pág. 547.

⁹¹ Bien limitando o condicionando el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, o de sus competencias en materia punitiva, como es el caso de la abolición de la pena de muerte y la prohibición de tortura, penas y tratos inhumanos o degradantes (art. 15), o la proclamación del principio de legalidad (arts. 9.3 y 25.1); o, determinando el sentido que deben tener las intervenciones penales, u ordenando el establecimiento de una específica tutela penal a favor de determinados bienes jurídicos. Ejemplo de lo primero es el establecimiento del derecho a la resocialización que tienen quienes cumplen condenas privativas de libertad (art. 25 CE), mientras que de lo segundo lo sería la tutela penal del medio ambiente y del patrimonio histórico artístico (arts. 45.3 y 46, respectivamente).

⁹² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política criminal*, cit., pág. 53.

asociación (art. 22), a la libertad sindical y al derecho de huelga (art. 28). Y por otra, de los principios constitucionales generales recogidos en los arts. 1, 9 y 10 de la Constitución de 1978. A su vez, de todos los principios que el artículo 1 de la Constitución declara como valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), destaca TERRADILLOS BASOCO la libertad y la igualdad como principios esenciales desde los que se pueden derivar los demás que no son más que concreciones de uno, de otro, o de los dos⁹³. Estos valores superiores deben entenderse, a su vez, en concordancia con el art. 10.1 de la Constitución, que al señalar que los derechos fundamentales de la persona, entre los que sitúa en primer lugar la dignidad, son el fundamento del orden político y de la paz social, reafirma que la persona es un fin en sí misma y, por tanto, la supeditación del Estado al individuo y no a la inversa.

Ello, junto a la configuración del Estado como Social y Democrático de Derecho implica un modelo de Derecho penal orientado a la protección de los derechos de todas las personas, ya que una democracia sustancial, por encima de la voluntad de la mayoría, tiene que estar a los intereses y las necesidades vitales de todos. Mientras, en efecto, desde una perspectiva formal, el ejercicio de la soberanía será legítimo en cuanto represente la voluntad de la mayoría, el Estado de Derecho requiere que las instituciones políticas y jurídicas sean instrumentos dirigidos a la satisfacción de los intereses primarios de todos, y serán por tanto legítimas en cuanto tutelen y concreten tales intereses⁹⁴. En este sentido el garantismo como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y qué deben decidir, puede ser muy bien considerado el rasgo sustancial más característico de la democracia.

De ello no puede derivarse que la Constitución Española constituya en sí misma el factor de legitimación del Derecho penal, pero sí que opta decididamente por un sistema garantista en el que el Derecho penal, dirigido a la tutela de los derechos de los ciudadanos con el menor coste posible, es legítimo en la medida en que se construya sobre la base de principios garantistas.

2.2. La exigencia de un Derecho penal mínimo

A la exigencia de un Derecho penal mínimo se llega tanto desde posturas estrictamente garantistas, como desde la aceptación de la función que, *de facto*, está desempeñando el Derecho penal como instrumento de un control social desigual e injusto. Desde la primera de las perspectivas apuntadas -y en la medida en que la pena sólo se entiende justificada cuando represente un mal menor frente a otras reacciones sociales informales-, su configuración como un Derecho penal mínimo aspira fundamentalmen-

⁹³ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *RFDUC*, núm. 63”, 1981, pág. 143.

⁹⁴ Un claro exponente del ejercicio meramente formal de la soberanía lo constituye sin duda la aprobación por parte del Gobierno -en solitario y sin debate parlamentario- de la LO 20/2003 de reforma del CP. La incriminación de una conducta por el simple juego de la mayoría absoluta puede ser legítima desde un punto de vista formal, pero es patente que desconoce las reglas del juego que caracterizan a las democracias sustanciales.

te a frenar las pretensiones ampliatorias de los mecanismos preventivo-generales, por la vía de identificar el límite superior –el límite máximo por encima del cual no se justifica que las penas sustituyan a las penas informales- de su contribución al control social⁹⁵. Desde la segunda, sin embargo, con la exigencia de un Derecho penal mínimo a lo que se aspira es a conseguir minimizar los efectos negativos de la violencia intrínseca al ejercicio del Derecho penal⁹⁶.

Ambas perspectivas, no son en modo alguno, opuestas o irreconciliables. En este sentido afirma BARATTA –claro exponente de las segunda de las perspectivas apuntadas- que “el reto que se debe poner hoy al Derecho penal de los Estados democráticos es el de ser coherente con sus principios garantistas. En este sentido un uso alternativo del Derecho penal significa, ante todo, aplicarlo, transformarlo y reducirlo de conformidad a esos principios”⁹⁷.

El Derecho penal mínimo es ante todo el Derecho de la Constitución. Ello representa el espacio residual de la intervención punitiva en el caso de que graves violaciones de los derechos fundamentales y una demanda social ineludible lo hagan necesario⁹⁸. Su actuación, como indica BARATTA, consiste en adelantar un esfuerzo continuo por el control de los mecanismos de criminalización, por la reforma de la legislación, de la policía y de la cárcel. Tal esfuerzo será dirigido a la realización de los principios constitucionales en materia penal y a la aplicación de los resultados de las más avanzadas investigaciones sobre el funcionamiento de los sistemas penales y sobre las políticas públicas de protección de los derechos⁹⁹.

En una propuesta de intervención penal mínima debe procederse pues, ante todo, a la concreción de los bienes necesitados y merecedores de tutela penal, rechazando todos aquellos cuya tutela no vaya dirigida a hacer efectiva la libertad, la dignidad o el autodesarrollo personal, entre otros. Esto significa, en primer lugar que, el Derecho penal se retira de los pequeños conflictos, reservándose para los supuestos de particular gravedad donde su presencia es imprescindible. En segundo lugar, los criterios de efectividad máxima y mínimo coste hacen recomendable, como mantiene GARCIA PABLOS, el uso de instrumentos no penales, o, en todo caso de alternativas y sustitutivos no privativos de libertad. Ello siempre que el uso de sistemas alternativos no

⁹⁵ DIEZ RIPOLLES, J.L.: “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, núm. 30, 1997, pág. 12. Véanse también FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, cit., pág. 332; y SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 211.

⁹⁶ Véase BARATTA, A.: “La política criminal y el Derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”, *Capítulo Criminológico*, Vol. 26, núm. 2, 1998, págs. 33 y ss. Acoge también desde esta perspectiva el ideal de Derecho penal mínimo SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 241.

⁹⁷ BARATTA, A.: “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: Una discusión en la perspectiva de la criminología crítica”, cit., pág. 55.

⁹⁸ El Derecho penal mínimo, indica DE LA CUESTA AGUADO (“Un Derecho penal en la frontera del caos”, cit., pág. 43), “debe permitir a la sociedad situarse en lo que los matemáticos y físicos denominan ‘el estado crítico’. Estado crítico será aquél estado en el que el equilibrio entre el orden y el desorden permita la máxima fluidez de las relaciones sociales, y como consecuencia, el mayor grado de satisfacción de las personas que integran dicha sociedad; es decir, aquel estado en el que la libertad de los individuos y la evolución social sea mayor”.

⁹⁹ BARATTA, A.: “La política criminal y el Derecho penal de la Constitución”, cit., pág. 38.

represente un mal mayor que el que supondría la pena y no perjudiquen el marco irrenunciable de garantías que el Derecho penal representa¹⁰⁰.

2.3. *La tutela de los derechos fundamentales de “todos” los ciudadanos*

Como ya se ha tenido ocasión de exponer, de la Constitución Española se deriva un modelo de democracia sustancial en el que, por encima de las mayorías formales, importa que las instituciones políticas y jurídicas sean instrumentos dirigidos a satisfacer y asegurar los derechos primarios de todos. Esto significa, por una parte, que el Derecho penal no puede atender a intereses clasistas, y, mucho menos, servir de coartada a un sistema social basado en la exclusión de la parte más débil frente al poderoso. Por otra, reclamar un modelo basado en la “seguridad de los derechos” o “derecho a los derechos”, implica el rechazo de su opuesto, el modelo creado a partir del “derecho a la seguridad”¹⁰¹. Pero, sobre todo, apelar a la tutela de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos como fin del Derecho penal exige que también los derechos fundamentales del delincuente sean tutelados en la mayor medida posible.

Como sostiene BARATTA, una política integral de protección y satisfacción de los derechos humanos y fundamentales no es sólo un modelo posible (aunque improbable): es también un modelo legítimo, porque corresponde a la validez ideal de las normas contenidas en la Constitución del Estado social de Derecho¹⁰².

2.4. *Los límites del Derecho penal como expresión de los fines de un Derecho penal garantista: la minimización de la violencia arbitraria*

De lo expuesto hasta ahora se puede deducir que un sistema penal está justificado si, y sólo, minimiza la violencia arbitraria en la sociedad (reducción de la violencia punitiva y maximización de la tutela de los derechos), y alcanza dicho fin en la medida en que satisfaga las garantías penales y procesales del Derecho penal mínimo¹⁰³. Estas garantías se configuran, pues, como otras tantas condiciones de justificación, en el sentido de que la justificación del sistema implica necesariamente su realización. La legitimación del Derecho penal requiere, pues, el establecimiento de límites a su titular, representados por los principios jurídico-penales relativos al cuándo y cómo prohibir, y al cuándo y cómo castigar.

¹⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 247. En sentido similar véase GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, cit., pág. 57.

¹⁰¹ Sobre la contraposición de ambos modelos véase extensamente BARATTA, A.: “Seguridad”, *Capítulo Criminológico*, Vol. 29, núm. 2, 2001, *passim*.

¹⁰² BARATTA, A.: “Seguridad”, cit., pág. 8.

¹⁰³ FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, cit., pág. 342.